



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

GABRIELA TAVARES NÓBREGA

**NOVAS PERSPECTIVAS DO CONTROLE DA OMISSÃO
INCONSTITUCIONAL: O PODER DE EFICÁCIA DA AÇÃO DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NAS DECISÕES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Brasília
2012

GABRIELA TAVARES NÓBREGA

**NOVAS PERSPECTIVAS DO CONTROLE DA OMISSÃO
INCONSTITUCIONAL: O PODER DE EFICÁCIA DA AÇÃO DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NAS DECISÕES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Novas Tendências do Direito Público.

Orientador: Saul Tourinho Leal

Brasília
2012

GABRIELA TAVARES NÓBREGA

**NOVAS PERSPECTIVAS DO CONTROLE DA OMISSÃO
INCONSTITUCIONAL: O PODER DE EFICÁCIA DA AÇÃO DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NAS DECISÕES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-graduação *Lato Sensu* em Novas
Tendências do Direito Público.

Orientador: Prof. Saul Tourinho Leal

Brasília, ____ de _____ de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Nome completo

Prof. Dr. Nome completo

“Nos ecos da nossa memória ficam os sons de Chico Buarque de Holanda com a sua bela interrogação bíblica: ‘Deus dará, Deus dará e se Deus não der?’ Se o onipotente legislador ordinário não atender aos desígnios do mais onipotente ainda legislador constituinte, cabe ao Poder Judiciário, como Poder de Estado, dar eficácia ao comando constitucional, sob pena de se permitir que o não fazer do ente criado (legislatura ordinária) valha mais do que o já feito pelo ente criador (legislador constituinte).” (Canotilho, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra omissões normativas. In: As garantias do cidadão na justiça. Organizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 351-367).

“Nada mais perigoso do que fazer-se uma Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só cumprir nos princípios de que se precisa. Ou se entenda devam ser cumpridos – o que é pior. No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe a nós, dirigente, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim, saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se a emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve, que se a corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que de pronto se elimine. Mas, sem nada cumprir, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer.”. (Miranda, Pontes. Comentários à Constituição de 1946. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 12-13).

RESUMO

O controle da omissão constitucional foi instituto inédito apresentado pela Constituição Federal de 1988. Os instrumentos do Mandado de Injunção no controle concreto (art. 5º, LXXI, CF/88) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no controle abstrato (art. 103, §2º) foram lançados com o intuito de constituir efetividade às normas constitucionais de eficácia limitada. O presente trabalho expõe questões controversas atuais acerca das omissões constitucionais, com foco nos aspectos relativos à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), enfatizando os efeitos de sua decisão. Ainda, fala a respeito do ativismo judicial na concretização dos valores constitucionais frente ao princípio da separação dos poderes, expõe dados quanto à impetração e avalia possíveis soluções apontadas pela doutrina a fim da melhor funcionalidade à ADO. Como enriquecimento do estudo, colaciona jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e ao Mandado de Injunção (MI) visando à demonstração dos efeitos de suas decisões e ao esclarecimento de seu poder de eficácia em prol do efetivo controle das omissões constitucionais e consequente garantia da Constituição. Nesse sentido, deduz que a Suprema Corte Constitucional possui um poder-dever de formular supletivamente a norma reguladora faltante, expressando postura positiva em seu papel de guardião do texto constitucional.

Palavras-chave: Omissão constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Eficácia da decisão.

ABSTRACT

Control of unconstitutional omission was unheard institute presented by the 1988 Federal Constitution. The instruments of the Writ of Injunction in control concrete (art. 5, LXXI, CF/88) and Direct Action of Unconstitutionality by omission in an abstract (art. 103, § 2) were launched in order to be effective for constitutional of limited effectiveness. This paper presents current controversial issues about the unconstitutional omissions, focusing on aspects related to the direct action of unconstitutionality by omission (ADO), emphasizing the effects of its decision. Still, talk about judicial activism in pursuit of constitutional values against the principle of separation of powers, exposes data regarding the filing and evaluates possible solutions suggested by the doctrine in order to better functionality of ADO. As enrichment study compares jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) on the Direct Action of Unconstitutionality by omission (ADO) and the Writ of Injunction (MI) aimed at demonstrating the effects of their decisions and clarification of their power efficiency in promote the effective control of unconstitutional omissions and consequent guarantee of the Constitution. Accordingly, concludes that the Supreme Court has a constitutional power and duty to formulate additionally to standard regulatory missing, expressing positive stance in its role as guardian of the constitutional text.

Key words: Unconstitutional omission. Direct action of unconstitutional by omission. Efficacy of decision.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 EFEITOS DA DECISÃO QUE CONSTATA A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL	11
1.1 Efeitos quanto ao órgão responsável por sanar a omissão	11
1.1.1 Órgão Legislativo	11
1.1.2 Órgão Administrativo	12
1.2 Efeitos quanto à extensão da omissão constitucional	12
1.2.1 Omissão total ou absoluta	13
1.2.2 Omissões parcial e relativa	13
2 O ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	16
2.1 Separação dos Poderes X Supremacia da Constituição	16
2.2 Atitude positiva do Supremo Tribunal Federal (STF)	18
3 DADOS QUANTO À IMPETRAÇÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E SUA EFICÁCIA	22
3.1 Quanto ao número de ADO impetradas	22
3.2 Quanto aos legitimados	23
4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES APONTADAS PELA DOUTRINA A FIM DA MELHOR FUNCIONALIDADE À AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO)	25
5 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) QUANTO ÀS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS	31
5.1 Em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)	31
5.2 Em sede de Mandado de Injunção (MI)	35
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

A experiência constitucional brasileira do desencontro entre norma e realidade desde a Carta Imperial de 1824 até a Carta do Regime Militar de 1969, levando à falta de efetividade dos dispositivos inconstitucionais¹, dava sinal de que algo precisava ser feito.

A Carta Constitucional de 1988 apresentou uma de suas maiores inovações ao trazer a possibilidade de controle da constitucionalidade das normas emanadas pelo Poder Público não só pelas ações deste, mas também por suas omissões. Nesse sentido, o legislador constituinte criou as figuras do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, até então inéditas, a fim de combater a inércia do Poder Público.

Diante da falta de concretização das normas elaboradas pelo Constituinte, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão surge como modalidade de controle abstrato de constitucionalidade, tratando do processo objetivo de guarda do ordenamento jurídico-constitucional, prejudicado por lacuna normativa ou por ato normativo existente, porém insatisfatório.²

Inspirada no texto constitucional português (art. 283), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão encontra-se positivada no art. 103, §2º da Constituição Federal de 1988:

2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.³

No sentido de disciplinar processualmente a ADO, a Lei 12.063/2009 introduziu o capítulo II-A na Lei 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal.

¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 270.

² BARROSO, op. cit. p. 271.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05.10.1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 27 jun. 2012.

O art. 12-H da referida lei discorre sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão:

Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

§1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

§2º Aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei.⁴

Nota-se que o dispositivo constitucional possui redação muito simples, apenas determinando a comunicação ao poder competente, uma vez declarada a omissão inconstitucional. Não permite maiores atuações, sendo um pouco mais específico somente ao conferir o prazo de trinta (30) dias para que órgãos administrativos sanem a omissão.

Da mesma forma, o art. 12-H da Lei 12.063 não trouxe esclarecimentos melhores, estabelecendo apenas a possibilidade de ser apresentado prazo maior ao órgão administrativo – o que parte da doutrina entende até mesmo como sendo inconstitucional – e a aplicação de juízos da inconstitucionalidade por ação à omissão.

Nesse sentido, o presente estudo se propõe a expor e provocar a discussão acerca do controle das omissões inconstitucionais no cenário brasileiro, por meio da análise de seus instrumentos, com ênfase nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

O grande destaque se dá ao estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), examinando seus dispositivos legais de previsão e as possíveis interpretações conferidas a eles, principalmente quanto a seus efeitos.

Para alcançar esses objetivos, foi utilizada a pesquisa instrumental ou dogmática, tendo por objetivo verificar a coerência do sistema jurídico e de seus elementos por meio da análise do tripé básico: legislação, doutrina e jurisprudência.

⁴ BRASIL. *Lei 12.063, de 27.10.2009*. Acrescenta à Lei 9.868, de 10.11.1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm. Acesso em: 27 jun. 2012.

A revisão bibliográfica teórica com adição de decisões judiciais exemplificativas ao longo do trabalho, além da utilização de artigos e estudos realizados de forma a possibilitar uma abordagem revisionista crítica, é a essência do método monográfico aqui empregado.

A importância do estudo do controle das omissões inconstitucionais e suas novas perspectivas encontra respaldo nos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito. Com o fim de conferir real efetividade aos dispositivos constitucionais, principalmente àqueles referentes aos direitos e às garantias fundamentais, bem como aos direitos sociais, é necessário que se combata e se supere as omissões no texto constitucional que não permitem a referida concretização.

Diante de normas constitucionais de eficácia limitada, nas quais o Constituinte originário deixa por conta do legislador infraconstitucional regular determinadas matérias, e da falta dessa legislação, o destinatário daquele direito vê-se privado de exercê-lo. Isso vai de encontro aos fundamentos da República Federativa do Brasil da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

A relevância social que possui esse estudo é evidente como meio a servir à concretização dos Princípios da Supremacia da Constituição e da Força Normativa da Constituição.

Em termos acadêmicos, fala-se em incitar o debate a tema ainda passível de inúmeras divergências e de soluções diversificadas, principalmente no que se refere a uma atuação mais positiva do Judiciário para sanar as omissões inconstitucionais.

É com o debate acadêmico e suas evoluções que poderemos chegar a soluções eficazes capazes de nortear as atuações do Poder Público. Tudo em nome dos valores constitucionais estabelecidos na Carta Magna e da vontade popular, esta na condição de verdadeiro titular do Poder Constituinte.

A falta de concretização dos dispositivos constitucionais é o pressuposto principal que leva a estudar o controle das omissões inconstitucionais. No mesmo diapasão, a falta de efetividade aos instrumentos trazidos pela própria Constituição Federal de 1988 para o combate dessas omissões gera a necessidade do debate a

fim da melhor compreensão do cenário existente quanto ao tema e do aperfeiçoamento dessas ferramentas.

Como garantir a eficácia dos dispositivos constitucionais por meio do aparelhamento do combate às omissões inconstitucionais? Qual o limite da intervenção do Supremo Tribunal Federal ao expedir decisões em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão?

As novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional, principalmente no que se refere ao poder de intervenção do Supremo Tribunal Federal por meio de suas decisões, apontam para a necessidade de se descobrir melhores soluções a fim de tornar esse controle mais eficaz.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão propõe-se a combater as omissões inconstitucionais, mas sua efetividade é questionada. Os efeitos da decisão que constata a omissão inconstitucional de acordo com o estabelecido legalmente não são suficientes a uma adequada atuação do poder competente para sanar essa omissão. Uma sentença meramente declaratória da omissão inconstitucional não é satisfatória.

Dessa forma, uma postura mais positiva do Judiciário é imperiosa. Postura essa que deve ser tomada de modo a não interferir na separação dos poderes, mas a resguardar a supremacia da Constituição.

O presente trabalho foi então estruturado em cinco capítulos.

No primeiro capítulo, são apresentados os efeitos da decisão que constata a omissão inconstitucional, dividindo-se nos efeitos quanto ao órgão responsável por sanar a omissão e quanto à extensão dessa. O segundo capítulo proporciona uma análise sobre o ativismo judicial na concretização da Constituição e a atitude positiva do STF nesse sentido.

No terceiro capítulo, são exibidos dados quanto ao número de ADO impetradas e seus legitimados; no quarto capítulo discorre-se sobre possíveis soluções apontadas pela doutrina a fim da melhor funcionalidade à ADO. No quinto e último capítulo são detalhados alguns julgados do STF referentes às omissões inconstitucionais.

1 EFEITOS DA DECISÃO QUE CONSTATA A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

No caso da procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, há de se considerar duas situações distintas no que concerne aos efeitos da decisão. Ao dividir o estudo desses efeitos quanto ao órgão e quanto à extensão⁵, é possível melhor compreensão acerca da eficácia da ADO.

1.1 Efeitos quanto ao órgão responsável por sanar a omissão

1.1.1 Órgão Legislativo

No que diz respeito ao órgão responsável por sanar a omissão inconstitucional, destacam-se os órgãos legislativos e administrativos. O primeiro tem sucedida sua omissão quando da ausência de proposição legislativa ou da inércia na discussão e votação de proposição existente.

Atualmente, tem-se 117 dispositivos constitucionais não regulamentados, dos quais 77 têm proposição e 40 não possuem sequer proposição.⁶ Esse fato torna o Legislativo o maior ator das omissões inconstitucionais no cenário brasileiro.

O legislador constituinte foi deveras tímido na disposição constitucional do art. 103, §2º, CF/88 ao estabelecer que a decisão que constatar a inconstitucionalidade por omissão dará ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. Apenas isso foi determinado, sendo irrelevante o papel do legislador infraconstitucional, que nada inovou ao tão só reproduzir a prescrição constitucional no caput do art. 12-H, Lei 12.063/2009.⁷

Nota-se que a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no que se refere à omissão do Poder Legislativo dá ensejo apenas à declaração da inconstitucionalidade por omissão por parte do Supremo Tribunal Federal, seguida da ciência a esse poder para adotar as providências cabíveis

⁵ LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Efeitos da decisão concessiva na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 20, n. 79, abr./jun. 2012, p. 255-278.

⁶ BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos. Acesso em: 03 nov. 2012.

⁷ LIMA, op. cit.

(sentença meramente declaratória). Essa mera comunicação é chamada pelo autor Erik Noleta de “telegrama” judiciário⁸, justificando o caráter de simples recado passado ao poder competente para sanar a omissão.

1.1.2 Órgão Administrativo

Quanto aos efeitos incidentes nos órgãos administrativos, que podem gerar casos concretos de omissões inconstitucionais na prática de seus atos ou medidas, o legislador foi um pouco mais específico ao impor o prazo de trinta (30) dias para adotar os procedimentos a fim de tornar efetiva a norma constitucional.

Com o advento da Lei 12.063, o §1º do art. 12-H previu a possibilidade de tempo maior que os trinta dias, podendo ser estabelecido “prazo razoável” a ser estipulado pelo Tribunal para sanar a omissão administrativa, tendo em vista circunstâncias específicas do caso e o interesse público.

Parte da doutrina questiona a constitucionalidade desse dispositivo de lei ordinária, porquanto o texto constitucional fala apenas no prazo de trinta dias. A parte final do §2º, art. 103, CF já seria dotada de eficácia plena, não admitindo norma integradora. Apenas emenda constitucional seria instituto hábil a majorar o prazo fixado pela Constituição, não lei ordinária, que estaria invadindo matéria prevista e de competência apenas da Constituição.⁹

No caso de controle da omissão pelo órgão administrativo, a sentença proferida mostra também sua vertente mandamental, além da declaratória. A estipulação de prazo para agir determina um dever, gerando a possibilidade de responsabilização do órgão administrativo e implementando caráter sancionatório à decisão que constata a omissão inconstitucional.¹⁰

1.2 Efeitos quanto à extensão da omissão inconstitucional

1.2.1 Omissão total ou absoluta

⁸ LIMA, op. cit.

⁹ LIMA, op. cit.

¹⁰ LIMA, op. cit.

Ainda, faz-se distinção dos efeitos quanto à extensão da omissão inconstitucional, podendo ser ela absoluta ou relativa. A primeira refere-se a uma não ação inconstitucional, à ausência de lei; é a letra do art. 103, §2º, CF/88. Ela origina o direito de “desencadear um processo abstrato de verificação da inconstitucionalidade resultante da não aprovação, pelo legislador, em tempo adequado, das providências legais destinadas a dar efetividade a normas constitucionais não exequíveis por si próprias.”¹¹

A omissão absoluta expressa o parâmetro de controle puro das omissões inconstitucionais, qual seja uma norma constitucional somada ao decurso do tempo. Equação que junta o aspecto material da norma constitucional e o elemento cronológico.¹²

Um exemplo clássico é a omissão gerada pelo art. 37, VII, CF/88 que aponta o direito de greve dos servidores públicos e a necessidade de lei específica para regulá-lo, o que, no entanto, nunca existiu.

Em decorrência da constatação de uma omissão absoluta, também é expedida sentença meramente declaratória, diante do disposto no art. 103, §2º da CF/88, resultando apenas na comunicação da omissão ao órgão legislador.

1.2.2 Omissões parcial e relativa

Por outro lado, distinguem-se as omissões parciais e relativas. As primeiras são definidas por Luís Alberto Barroso como omissões parciais propriamente ditas, as quais insurgem a insuficiência ou a deficiência no texto de norma existente. Um exemplo é a lei que instituiu o salário mínimo em patamar incapaz de atender aos parâmetros exigidos pelo art. 7º, IV da CF/88.¹³

As omissões serão relativas quando houver ato normativo violador do Princípio da Isonomia, devido ao fato de esse ato conceder benefício à determinada categoria de pessoas, excluindo outra. A concessão de reajuste a servidores

¹¹ MORAIS, Carlos Blanco. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 20, n. 78, jan./mar. 2012, p. 152-227.

¹² BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 236.

¹³ BARROSO, op. cit. p. 275.

militares e não aos civis, ao tempo em que a Constituição impunha o tratamento igualitário (antes da EC 19/1998, que suprimiu essa regra) é exemplo.¹⁴

A novidade aqui é que a omissão relativa pode dar ensejo à sentença aditiva, determinando a inclusão do grupo excluído como destinatário da norma.¹⁵

De modo geral, tanto as omissões parciais propriamente ditas quanto as relativas têm repercussões mais específicas quanto aos efeitos da decisão que as verifica.

De acordo com o art. 12-H, §2º da Lei 12.063/2009, a formulação de juízos de inconstitucionalidade por ação será aplicada, no que couber, às omissões parciais e relativas, inclusive a restrição temporal de efeitos. Assim, o dispositivo ordinário confere caráter análogo ao da inconstitucionalidade por ação às omissões parciais e relativas.¹⁶

Ainda, as omissões parciais e relativas podem dar causa à modulação de efeitos (transformação dos efeitos *ex tunc* em efeitos *ex nunc*), conforme dispõe o art. 27 da Lei 9.868/1999, perpetrando mais do que uma sentença meramente declaratória da inconstitucionalidade por omissão. Assim determina o referido artigo:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.¹⁷

Oportuno é frisar a possibilidade de impetração de liminar diante da constatação de omissão parcial e relativa – e apenas nestas – permitindo a suspensão de lei em caso de excepcional urgência e relevância da matéria. A possibilidade do regime cautelar é estabelecida no art. 12-F, §1º, Lei 12.063/2009:

§1º. A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.¹⁸

¹⁴ BARROSO, op. cit., p. 271.

¹⁵ MORAIS, op. cit.

¹⁶ MORAIS, op. cit.

¹⁷ BRASIL. Lei 9.868, de 10.11.1999. Estabelece o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm. Acesso em: 28 jun. 2012.

¹⁸ BRASIL. Lei 12.063, de 27.10.2009, op. cit.

Dessa forma, permite-se verificar a possibilidade de uma atuação mais positiva do Poder Judiciário diante da constatação de omissões parciais e relativas e que não poderia ser feita, a princípio, no caso de omissões absolutas.

2 O ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

O conceito de *ativismo judicial* está ligado a um envolvimento mais vasto e intenso do Poder Judiciário na realização dos valores e objetivos constitucionais, com maior ingerência no campo de atuação dos outros dois Poderes. Ele expressa postura proativa de interpretar e aplicar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. É instituto capaz de torner o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir efeitos.¹⁹

Nas literais palavras de Luís Roberto Barroso:

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.²⁰

O intento de acometer o Judiciário na capacidade de edição de medidas normativas provisórias já se afirma há algum tempo e gera muitas controvérsias. O clima de insegurança, que sobreveio após a inovação do Constituinte de 1988, firmado pela falta de estudos criteriosos e reflexões mais profundas acerca do controle de inconstitucionalidade por omissão²¹ é propício a ensejar o debate quanto ao posicionamento mais ativo do Supremo Tribunal Federal.

2.1 Separação dos Poderes X Supremacia da Constituição

Nessa discussão, são mitigados os Princípios da Separação dos Poderes e da Democracia versus os Princípios da Supremacia e da Força Normativa da Constituição. É caso de se aplicar a ponderação de princípios? Algum princípio poderia prevalecer sobre o outro? Qual? Mesmo sabendo que nenhum princípio é absoluto, não existem respostas irrestritas por parte da doutrina.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Consultor Jurídico*, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 25 set. 2012.

²⁰ BARROSO, op. cit.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1285.

Teorias surgem com a intenção de explicar esse impasse. As Teorias Concretista e Não Concretista defendem, respectivamente, a possibilidade de o Poder Judiciário suprir a lacuna em caso de ausência de norma regulamentadora, e que ao Judiciário caberia apenas o reconhecimento formal da omissão legislativa.

Segundo a Teoria Concretista, uma atitude mais positiva do Judiciário não invadiria a competência do Legislativo, sendo decorrência da própria interferência comedida expressada pelo sistema de freios e contrapesos. Assim, O Poder Judiciário teria a função de estabelecer o equilíbrio entre os Poderes Executivo e Legislativo, redefinindo a tarefa do juiz.²²

Flávia Piovesan fala em uma “nova dinâmica da tripartição dos poderes”, causada pela interferência dos mecanismos aptos à erradicação das omissões inconstitucionais. Estes teriam sucesso a partir de uma atuação renovada do Poder Judiciário, ao assumir os contornos de uma justiça distributiva, equitativa e harmônica com a complexidade das questões a serem por ele encaradas.²³

O direito concreto à tutela jurisdicional é adotado em algumas decisões mais recentes no Supremo Tribunal Federal, principalmente em sede de Mandado de Injunção (MI 670, 708 e 712). Dessa forma, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa, dá-se a favor e não contra a democracia.²⁴

De acordo com Kelsen, não são três, mas duas as funções do Estado: a criação e a aplicação do Direito e, assim entendido, “é impossível atribuir a criação do Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções.”²⁵

A Teoria Não concretista é fruto da posição predominante por muitos anos na Suprema Corte, zelando pela separação dos poderes. Ao Judiciário caberia apenas a constatação da omissão inconstitucional, seguida da comunicação ao órgão responsável pela edição de norma a fim da plena eficácia constitucional.

Essa teoria expressa o que Luís Roberto Barroso chama de “*auto-contenção judicial*”, por meio da qual o próprio Judiciário age de forma a zelar pela

²² PELICIONI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 169, p. 21-30, jan./mar. 2006.

²³ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 93-94.

²⁴ BARROSO, op. cit.

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992. Apud PELICIONI, op. cit.

mínima interferência na esfera de competências dos demais Poderes. Nas palavras do jurista:

Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.²⁶

Diante do conflito de princípios a ser ponderado e das teorias que tentam enquadrar os diferentes posicionamentos quanto ao ativismo judicial, constata-se a existência de períodos oscilantes, em que se privilegia uma ou outra explicação, conforme o momento político vivido pela democracia em análise.

No Brasil, em destaque a partir do ano de 2007, nota-se o crescimento da interferência do Judiciário ao proferir decisões que suprem omissões inconstitucionais frente à falta de efetividade dos Poderes Legislativo e Executivo.

2.2 Atitude positiva do Supremo Tribunal Federal (STF)

A característica analítica da Constituição brasileira introduz o que Barroso chama de “*constitucionalização abrangente*”, devido ao fato de a Carta chamar para o seu abrigo matérias antes reservadas ao processo político majoritário e para a legislação ordinária.²⁷

A partir desse raciocínio, o jurista ensina que “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”. Consequentemente, uma questão disciplinada constitucionalmente, sejam direitos individuais, prestações estatais ou fins públicos, confere a pretensão jurídica de ser demandada judicialmente

²⁶ BARROSO, op. cit.

²⁷ BARROSO, op. cit.

(judicialização). Portanto, é natural levar ao Judiciário o debate quanto a ações concretas ou políticas públicas que dizem respeito a essas questões.²⁸

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem exercido um papel mais ativo no cenário institucional brasileiro. O posicionamento da Suprema Corte ao julgar questões de grande comoção nacional abre espaço a defensores e opositores, pedindo por cautela, principalmente por tratar-se de questões controvertidas na sociedade, que embasam não só temas jurídicos ou políticos, mas discussões de cunho moral e religioso.

Como exemplo bastante recentes tem-se o julgamento da interrupção da gestação de fetos anencefálicos e o julgamento da constitucionalidade das cotas raciais nas universidades.

Ao discutir o ativismo judicial em face das omissões inconstitucionais, a principal questão levantada é a respeito da postura cabível ao STF, devendo ou não agir de forma mais atuante e positiva.

O Min. Celso de Mello expressa sua posição preferencial ao STF como legislador negativo na ADI 1.063/DF nesses termos:

A ADO não pode ser utilizada com o objeto de transformar o STF, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar.

Com a finalidade maior de não tornar os instrumentos de combate à omissão inconstitucional inócuos, é necessária postura mais ativa da Corte Suprema. Nas palavras do Min. Celso de Mello sobre o direito de greve dos servidores públicos no Mandado de Injunção 20/DF:

Não se pode tolerar sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem vem se negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

²⁸ BARROSO, op. cit.

Observa-se, nesse contexto, posições que podem variar conforme o caso analisado, inclusive vindas do mesmo Ministro. Ao adotar posição mais concretista a partir dos anos de 2006/07, o Supremo Tribunal Federal expressa os resultados da reformulação em sua composição e do entendimento de que a progressividade dada às omissões inconstitucionais – referindo-se ao lapso temporal desde a promulgação da Constituição em 1988 até decurso de tempo mais que suficiente para a regulamentação daquelas normas de eficácia limitada – deve ser intolerada.

O melhor desenvolvimento e aplicação dos efeitos proporcionados pelos institutos do controle das omissões inconstitucionais, seja pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) ou pelo Mandado de Injunção (MI), é fundamental para a concretização da Constituição como um todo.

A realização do próprio Estado Democrático de Direito, com bases na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e no pluralismo político depende da melhor operacionalização desses instrumentos. O estudo da omissão inconstitucional não pode ser separado do estudo sobre a força normativa da Constituição.²⁹

A respeito da força normativa da Constituição assevera Michel Temer ser justamente a realização da vontade constituinte o propósito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Leia-se:

A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Ou seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a inação (omissão) do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado.³⁰

No entanto, é importante ter em mente que o instituto do ativismo judicial não pode ser banalizado, sendo visto como chave para todos os problemas. Pertinente é observação feita por Luís Roberto Barroso nesse sentido:

²⁹ MENDES, op. cit.

³⁰ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo, 1993. Apud PIOVESAN, op. cit. p. 96.

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.³¹

Desse modo, conclui-se que, conforme ensinamentos de Ferdinand Lassale, “os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do *poder*”.³²

Os fatores reais de poder, isto é, a força ativa e eficaz da sociedade que dá vazão às leis e às instituições jurídicas vigentes, é a verdadeira base da Constituição de um país.³³ E, assim sendo, é para essa força que deve se voltar a concretização das normas constitucionais.

³¹ BARROSO, op. cit.

³² LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 40.

³³ LASSALE, op. cit. p. 10-11.

3 DADOS QUANTO À IMPETRAÇÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E SUA EFICÁCIA

3.1 Quanto ao número de ADO impetradas

De acordo com as estatísticas do Supremo Tribunal Federal em seu portal gerencial disponível online, foram distribuídas 18 Ações Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de 2008 a agosto de 2012, das quais 7 não foram sequer conhecidas e 11 estão aguardando julgamento (Tabela 1).

Presume-se que a contagem foi iniciada em 2008, por ser o momento em que a ADO passou a ter utilização mais efetiva. Dessa forma, vê-se que a referida ação somente começou a ganhar destaque vinte anos após sua criação, não se sabendo ao certo o motivo, se por falta de esclarecimento quanto a seu rito processual ou mero desinteresse de seus legitimados.

**Tabela 1 – Quanto ao número de ADO impetradas
ADO - 2008 a 2012***

Decisão Final	Qtd.	%
Procedente	0	0,0%
Procedente em parte	0	0,0%
Improcedente	0	0,0%
Não conhecida	7	38,9%
Total Decisão Final	7	38,9%
Liminar	Qtd.	%
Com liminar deferida	0	0,0%
Com liminar deferida em parte	0	0,0%
Com liminar indeferida	0	0,0%
Prejudicado	0	0,0%
Total Liminar	0	0,0%
Aguardando julgamento	11	61,1%
Total de distribuídas	18	100%

Fonte: STF. Portal de informações gerenciais do STF. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=ado. Acesso em: 18.09.2012.

*Dados de 2012 atualizados até 31 de agosto

O que é possível inferir é que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ainda é um instrumento de pouca força concreta para a completude do ordenamento constitucional. Isso até mesmo pela remota atenção que o Constituinte Originário concedeu ao criar e ao delimitar os contornos da ação na Constituição Federal de 1988 e que se estendeu à normatização infraconstitucional pelas Leis 9.868/99 e 12.063/2009. Tanto em quantidade como em análises de mérito, o instrumento ainda necessita de notoriedade e aperfeiçoamento.

3.2 Quanto aos legitimados

Ainda, quanto aos legitimados para impetrar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, percebe-se que apenas três têm participação na impetração das ADO. A nítida maioria, com mais de 70%, cabe aos sindicatos e entidades de classe de âmbito nacional, representando 13 das 18 ações impetradas (Tabela 2).

**Tabela 2 – Quanto aos legitimados
ADO - 2008 a 2012***

Legitimados	Quant.	%
Presidente da República	-	0,0%
Mesa do Senado Federal	-	0,0%
Mesa da Câmara dos Deputados	-	0,0%
Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	-	0,0%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	1	5,6%
Procurador-Geral da República	-	0,0%
Conselho Federal da OAB	-	0,0%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	4	22,2%
Confederação Sindical e Entidade de Classe de Âmbito Nacional	13	72,2%
Mais de 1 legitimado**	-	0,0%
Outros (Ilegitimados)	-	0,0%
Total	18	100,0%

Fonte: STF. Portal de informações gerenciais do STF. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=ado. Acesso em: 18.09.2012.

* Dados de 2012 atualizados até 31 de agosto.

** Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados.

Os números demonstram o caráter de instrumento defensor dos direitos fundamentais e, no caso, especialmente dos direitos sociais, da ADO. No mesmo sentido, demonstra também o desinteresse de outros supostos representantes do povo.

Esse possível desinteresse leva a repensar o fato de ser ou não o caso de aumentar o rol de legitimados, e não só para as Ações de Inconstitucionalidade por Omissão, mas para as ações do controle concentrado em geral.

4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES APONTADAS PELA DOUTRINA A FIM DA MELHOR FUNCIONALIDADE À AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO)

O maior obstáculo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão rumo à sua efetividade é, com certeza, as omissões causadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Ao saber que o art. 103, §2º da CF/88 foi extremamente simples em seu texto, determinando apenas a ciência do órgão competente para tomar as providências cabíveis e que o art. 12-H da Lei 12.063/2009 não melhorou as opções a serem implementadas no caso de omissões inconstitucionais, deve-se ter em mente que uma interpretação literal desses dispositivos não é suficiente.

A fim de que o efetivo cumprimento da norma constitucional não fique prejudicado, é necessário fazer interpretação extensiva, teleológica e sistemática quanto à parte correspondente à mera comunicação do poder inerte, uma vez que o legislador constituinte originário proferiu menos do que intencionava.³⁴

Essa “nova hermenêutica” seria nada mais que expressão do Neoconstitucionalismo³⁵, que traz como um de seus traços dominantes a qualidade da norma jurídica como direito interpretado. Na lição do constitucionalista português Carlos Blanco de Moraes:

A norma jurídica (princípio e regra normativa) mais do que direito decidido seria direito interpretado, pelo que a jurisprudência se assumiria como fonte transformadora do direito, condicionando o sentido da norma, tendo sido defendido por alguns que o direito é o que dizem os juízes a partir dos princípios e não o que consta das leis, partindo-se do postulado de que as Constituições dizem muito mais do que o que se extrai do respectivo texto.³⁶

Assim, estariam os juízes agindo de forma a propiciar o desenvolvimento e a garantia dos valores públicos, uma vez que são conhecedores dos valores fundamentais da sociedade e participantes na formação das políticas jurídicas, na

³⁴ LIMA, op. cit.

³⁵ “O Neoconstitucionalismo seria, para os seus defensores, uma nova forma de conceber a teoria do direito, a teoria do Estado e a teoria da Constituição, num ângulo de argumentação pós-positivista, o qual predicaria um reencontro entre a ética e o direito através do império dos princípios constitucionais reitores do sistema de direitos fundamentais, os quais enunciariam valores objectivos de ordem moral.” MORAIS, op. cit.

³⁶ MORAIS, op. cit.

condição de interpretadores e aplicadores da lei. São os tribunais os órgãos mais confiáveis e mais bem equipados para assegurar valores essenciais a um Estado Constitucional.³⁷

Nesse ponto, uma diferenciação entre interpretar questões como políticas e jurídicas, restringindo assim o âmbito de atuação dos poderes envolvidos, é irrelevante. Nos ensinamentos de Ruy Barbosa:

A atribuição de declarar inconstitucionais os atos da legislatura envolve, inevitavelmente, a Justiça Federal em questões políticas. É, indubitavelmente, um poder, até certa altura, político, exercido sob as formas judiciais. Quando a pendência toca a direitos individuais, a Justiça não se pode abster de julgar, ainda que a hipótese entenda como os interesses políticos de mais elevada monta.³⁸

Dessa maneira, decisões mais interventivas por parte do Judiciário devem ser tomadas para garantir que a Constituição não fique sem efetividade. A favor da maior intervenção do Poder Judiciário, Uadi Lammêgo Bulos leciona sobre a timidez do texto constitucional:

Poderia ter ido mais além. Nada adianta cientificar o Poder Legislativo que existem normas constitucionais dependendo de regulamentação. O indispensável seria dotar a sentença – que reconhece a inércia legiferante – de poder normativo. Assim, enquanto perdurasse a omissão – total ou parcial – do legislador, o Judiciário iria dispor, normativamente sobre a matéria. Não se trata de transformar juízes em legisladores, mas, apenas, de dar efetividade aos comandos supremos do Estado. Constituição existe para ser cumprida.³⁹

Outra possível saída é a observância de prazo a ser estabelecido também ao Legislativo, o que amenizaria o fato de não existir nenhuma sanção ao órgão que deixou de produzir norma regularizando o mandamento constitucional.

A jurista Regina Quaresma revela que ao analisar o texto constitucional, vê-se que o Constituinte aparentemente tomou por suficiente a “vergonha política” frente à publicidade da declaração de omissão⁴⁰. Isso, no entanto, não tem mostrado êxito ao longo da história, necessitando de soluções como a imposição de prazo e controle de sua observância.

³⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 06.

³⁸ BARBOSA, apud LEAL, op. cit. p. 10-11.

³⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1044.

⁴⁰ QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*. 3. ed. Rio de Janeiro: 1999, p. 67.

O estabelecimento de prazo aos órgãos administrativos mostrou-se como importante meio a fim de sanar sua omissão, pois é forma mais proativa de coagir o órgão a deixar o estado de inércia. E de tal modo, a sentença meramente declaratória pode transformar-se em condenatória.

É questionado o porquê deste prazo não se estender também aos órgãos legislativos. Essa extensão ou criação de prazo próprio ao Legislativo para agir não invadiria o espaço discricionário de legislar, mas apenas trataria do efetivo exercício de mandamento constitucional no sentido de regulamentar dispositivo já existente, ou, em outras palavras, trataria do que se estava constitucionalmente obrigado a fazer.

Caso esse prazo termine sem que uma atitude seja tomada, o Supremo Tribunal Federal deverá ter o direito de ditar medidas de suplência provisórias em situações de emergência e risco.⁴¹ Isso seria feito até que o poder competente supra a omissão, no caso, do Legislativo, elaborando a norma faltante.

Importante é frisar que a adoção dessas medidas urgentes por parte do STF não podem ser banalizadas, devendo ser tomadas em situações nas quais a omissão legislativa realmente traga iminente e sério prejuízo, sob pena de violar a separação dos poderes e os ditames da democracia.

Ainda, veja-se que adotar medidas temporárias não impede a atuação superveniente do poder omisso, tratando especificamente do tema sob sua competência primária, e afastando o regime que tenha sido instituído pelo Judiciário.⁴²

Nada impede também o ajuizamento de ação de responsabilidade civil extracontratual contra o Estado, com pedido de indenização em razão da inércia ilegítima do órgão competente.

Ao pressupor que haverá dano causado a pessoa ou grupo de pessoas destinatários da norma a ser regulada, e que esse dano provém da omissão do Poder Público nesse sentido, fica caracterizado o nexo causal que dá ensejo à responsabilização.⁴³

⁴¹ MORAIS, op. cit.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 174.

⁴³ LIMA, op. cit.

O jurista Maurício Jorge Mota, ao tratar sobre a responsabilidade civil do Estado legislador quanto ao necessário para tornar exequível a norma constitucional, aponta:

A esse dever jurídico rigoroso, fruto do princípio maior de efetividade da Constituição, corresponde, como seu corolário necessário, a responsabilidade no caso de descumprimento daquilo que foi constitucionalmente preceituado. A responsabilidade civil agasalhada na Constituição é ampla e abrange todos os danos resultantes da ação ou omissão dos agentes do Estado. (...) O ato de legislar ou deixar de fazê-lo não é livremente discricionário, está vinculado aos preceitos constitucionais e, assim, está juridicizado, não tendo a característica de ato exclusivamente político que o tornaria insuscetível de responsabilização.⁴⁴

Dessa forma, a responsabilidade civil originada ao Estado legislador pelo descumprimento do dever jurídico de legislar caracteriza ato ilícito e é regulada pelo art. 37, §6º da CF⁴⁵, configurando responsabilidade objetiva do Estado e respondendo seus agentes pelos danos causados aos particulares.

A responsabilidade civil do Estado no caso das omissões inconstitucionais deve ser entendida com fruto do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciação de lesão ou ameaça a direito. Sobre o tema, Luiz Alberto David Araújo ensina:

A declaração judicial da omissão implica no reconhecimento de dano a pessoa ou grupo de pessoas prejudicadas. Estamos diante de uma obrigação descumprida por uma pessoa de direito público, no caso, o Poder Legislativo da União Federal e, por outro lado, de titulares de direitos feridos, que sofreram prejuízos pela omissão legislativa, reconhecida através da coisa julgada. (...) Quer entendendo o problema sob o prisma individual, quer sob o metaindividual, duas regras ficam claras: há um reconhecimento de falta de cumprimento de um dever (obrigação) do Poder Legislativo; há um princípio de responsabilização das pessoas de direito público. As duas regras devem ser entendidas dentro da ótica da inafastabilidade do Poder Judiciário, para apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito (inc. XXXV do art. 5º).⁴⁶

Destaca-se que o ajuizamento da ação de responsabilidade tem o fim de converter o direito do prejudicado pela omissão inconstitucional em pecúnia. Não se

⁴⁴ MOTA, Maurício Jorge Pereira. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 174.

⁴⁵ “Art. 37, §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit. Acesso em: 09.10.2012.

⁴⁶ ARAÚJO apud PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 234.

deve falar na segurança proporcionada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, qual seja a edição de lei infraconstitucional integradora para garantir o direito preterido.⁴⁷

A doutrina fala ainda na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal determinar o trancamento da pauta do Congresso Nacional, uma vez transcorrido em branco o prazo fixado para sanar a omissão.⁴⁸

O fato conferiria status de urgência legislativa à omissão inconstitucional, sobrestando as demais matérias da Câmara onde esteja tramitando. Essa é medida muito arriscada, visto poder gerar grandes indisposições institucionais entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Por fim, o uso de sentenças aditivas é ressaltado, na medida em que já vem sendo realizado pela Suprema Corte nos casos de violação do Princípio da Isonomia nas omissões parciais.⁴⁹ Ao estender ao grupo excluído o benefício do qual foi injustamente privado, o Supremo Tribunal Federal poderia estabelecer prazo para que se proceda à inclusão ou se dê segunda solução legítima constitucionalmente.

Como em muitas das vezes esse benefício envolve a geração de despesas, seria conveniente o sugerido prazo ter início no exercício financeiro seguinte, de forma a integrar os princípios da supremacia da Constituição e da isonomia aos princípios orçamentários, da separação dos poderes e da legalidade.⁵⁰

Em defesa da supremacia da Constituição, o Ministro Celso de Mello expõe seu voto na ADI 1.484/DF:

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A interpretação literal do art. 103, §2º da Constituição Federal implica a reduzida valia da mera ciência ao órgão omissor, conferindo à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão título de instituto simplesmente moral ou político,

⁴⁷ MOTA, op. cit.

⁴⁸ LIMA, op. cit.

⁴⁹ LIMA, op. cit.

⁵⁰ BARROSO, op. cit.

principlológico, mas insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional.⁵¹

Assim, não pode o STF eximir-se de cumprir sua função de guardião da Constituição frente à timidez do legislador ao dispor sobre os procedimentos a serem adotados, uma vez verificada omissão inconstitucional.

Por conseguinte, o Poder Judiciário estaria incumbido de uma importante função na garantia dos direitos constitucionais, combatendo as omissões absolutas e relativas do legislador ordinário. Recorrer aos princípios constitucionais, destacando-se o da dignidade da pessoa humana, e usar da “nova hermenêutica” como origem interpretativa e integradora contribuiria à solidificação daqueles direitos.

⁵¹BARROSO, op. cit.

5 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) QUANTO ÀS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

5.1 Em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)

No que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não apresenta números expressivos, como se viu no capítulo 3.

Dessa forma, vê-se que o instituto não encontrou resultados práticos imediatos. Apenas 18 ações foram distribuídas nos últimos quatro anos e destas nenhuma teve seu mérito apreciado até então, o que, ainda assim, não deve desabonar a importância da inovação e a evolução que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão representa em nível institucional. O fato, sim, deve servir para a motivação às soluções de efetividade à ADO.

Diante dessa ocorrência, será exposto o posicionamento mais proativo do Supremo Tribunal Federal em jurisprudências diversas, especificamente em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Colaciona-se a seguir:

I. Lei que institui o salário mínimo, cujo valor é insuficiente para satisfazer os mandamentos impostos pelo art. 7º, IV, CF/88⁵². STF. ADI 1458/DF Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello, j. 23/05/1996. DJU 20/09/96.

A decisão refere-se a caso de inconstitucionalidade por omissão parcial. Contesta a existência da lei que dispõe sobre o valor do salário mínimo e a sua política de valorização a longo prazo, a qual, apesar de existente, é insuficiente ao definir valor incapaz de atender as necessidades básicas vitais do trabalhador e de sua família. Aqui, a omissão do Estado é vista como forma de processo informal de mudança da Constituição.

⁵² “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Op. cit. Acesso em: 21 out. 2012.

EMENTA - SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL. - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. - **A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.** - As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois **a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.**

(grifo nosso)

II. Lei complementar federal para a criação de municípios. Art. 18, §4º, CF⁵³. Aplicação de prazo também ao órgão legislativo para sanar a omissão inconstitucional. STF. ADI 3682/MT. Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes, j. 09/05/2007. DJU 06/09/2007.

A Suprema Corte, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal citada no §4º do art. 18, CF.

O destaque é o estabelecimento do prazo de 18 (dezoito) meses para que o Congresso Nacional adote as providências legislativas a favor do cumprimento do referido dispositivo constitucional, sem que deixe as peculiaridades do processo legislativo justificarem conduta omissiva com a ordem constitucional.

⁵³ “§4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Op. cit. Acesso em: 22 out. 2012.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. **As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.** 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. **Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.**

(grifo nosso)

III. Criação do município de Luís Eduardo Magalhães. Ausência de lei complementar prevista no art. 18, §4º, CF. STF. ADI 2240/BA. Tribunal Pleno. Relator Min. Eros Grau, j. 09/05/2007. DJU 03/08/2007.

O caso da criação do município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia, questiona a constitucionalidade de lei estadual criadora do município, sem que exista a lei complementar federal determinadora do período dessa criação, conforme estipula o §4º do art. 18, CF.

Situação excepcional ficou caracterizada após constatação da existência de fato do município, dotado de autonomia, e da comprovação da omissão

legislativa do Congresso Nacional (possibilidade da criação de municípios) por período não mais razoável. Assim, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela preservação do município de Luís Eduardo Magalhães, tendo em vista a segurança jurídica.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. **3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada.** 4. **A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal.** 5. **Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional.** 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. **8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.** 9. **Cumpra verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização.** No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. **10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município.** **11. Princípio da continuidade do Estado.** 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia. **(grifo nosso)**

5.2 Em sede de Mandado de Injunção (MI)

Em face da inexpressividade das ADO, o Mandado de Injunção mostra-se instrumento eficaz no estudo das decisões proferidas pelo STF quanto às omissões inconstitucionais, devido a seu relevante número de impetrações. Somente no ano de 2012, com dados atualizados até 31 de julho, 469 foram autuados, 471 distribuídos e 804 foram julgados no STF.⁵⁴

Assim, faz-se um apanhado de algumas decisões do STF a fim de que se tenha conhecimento de como os ministros vêm articulando o instituto da omissão inconstitucional e decidindo, a partir do caso concreto, via Mandado de Injunção:

I. Aposentadoria especial do art. 40, §4º, CF⁵⁵. Inexistência das leis complementares de que trata o parágrafo. STF. MI 721/DF. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio, j. 30/08/2007. DJU 30/11/2007.

No presente caso, vê-se o papel do Supremo Tribunal Federal de implementar subsidiariamente a norma reguladora faltante, utilizando da aplicação de outra norma para tanto.

O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em Mandado de Injunção impetrado contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à

⁵⁴ STF. *Portal de informações gerenciais do STF*. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse. Acesso em: 20 set. 2012. STF.

⁵⁵ “§4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I – portadores de deficiência;

II – que exerçam atividades de risco;

III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Op. cit. Acesso em: 22 out. 2012.

aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre.

Aqui, o destaque é o caráter mandamental, e não meramente declaratório, que a decisão recebe. Por força do dispositivo que regula o Mandado de Injunção na Constituição Federal (art. 5º, LXXI), certificou-se caber ao Judiciário não somente emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas possibilitar o exercício desse direito, apartando as consequências da inércia do legislador.

EMENTA – MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. **Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.** MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.**

(grifo nosso)

Na linha da nova orientação jurisprudencial fixada no julgamento do MI 721/DF (DJE publicado em 30.11.2007), o Tribunal julgou procedente pedido formulado em mandado de injunção para, de forma mandamental, assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Tratava-se, na espécie, de writ impetrado por servidor público federal, lotado na função de tecnólogo, na Fundação Oswaldo Cruz, que pleiteava o suprimento da lacuna normativa constante do aludido § 4º do art. 40, assentando-se o seu direito à aposentadoria especial, em razão de trabalho, por 25 anos, em atividade considerada insalubre, em que mantinha contato com agentes nocivos, portadores de moléstias humanas e com materiais e objetos contaminados. Determinou-se, por fim, a comunicação ao Congresso Nacional para que supra a omissão legislativa. (MI 758/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.7.2008)

Em sessão plenária do dia 15.04.2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, concedeu parcialmente a ordem nos MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, para comunicar a mora legislativa à autoridade coatora competente e determinar a aplicação, no que couber, do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Dessa forma, **reafirmou-se**

o entendimento do Tribunal no sentido de que, ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição de lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, impõe-se a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo. Na mesma ocasião, o Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa para autorizar que os Ministros decidam monocraticamente e definitivamente os casos idênticos.

(grifo nosso)

Na mesma linha de entendimento, em sessão plenária do dia 02.08.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do relator Min. Marco Aurélio, nos MI 835/DF, MI 885/DF, MI 923/DF, MI 957/DF, MI 975/DF, MI 991/DF, MI 1.083/DF, MI 1.128/DF, MI 1.152/DF; MI 1.182/DF; MI 1.270/DF; MI 1.440/DF; MI 1.660/DF; MI 1.681/DF; MI 1.682/DF; MI 1.700/DF; MI 1.747/DF; MI 1.797/DF; MI 1.800/DF; MI 1.835/DF.⁵⁶

II. Direito de greve do servidor público. Inexistência de lei específica determinada pelo art. 37, VII, CF. STF. MI 712/PA. Tribunal Pleno. Relator Min. Eros Grau, j. 25/10/2007. DJU 31/10/2008.

O caso de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos é notável exemplo de como a interferência positiva da Suprema Corte superou a omissão inconstitucional. Diante da ausência da lei específica que deveria regulamentar esse direito, o STF mandou ser aplicada, no que couber, a Lei 7.783/1999, a qual trata do exercício do direito de greve na iniciativa privada.

Dessa forma, o Tribunal julgou três Mandados de Injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil no Estado do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pleiteava a garantia aos seus associados do exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF. Assim o fez de forma a conferir eficácia a esse dispositivo e a zelar pela coesão social, alegando ser insubsistente qualquer alegação de ofensa à separação dos poderes.

⁵⁶STF. Op. Cit. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional. Acesso em: 22 out. 2012.

EMENTA – MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. **Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia.** 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. **A norma**

veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. **13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente.** 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.

(grifo nosso)

III. Direito de greve dos servidores públicos. Destaque para a evolução do STF quanto à garantia fundamental do Mandado de Injunção. STF. MI 670/ES. Tribunal Pleno. Relator Min. Maurício Côrrea, j. 25/10/2007. DJU 31/10/2008.

Nesse julgado verifica-se a evolução de posicionamento da Suprema Corte quanto ao instituto do Mandado de Injunção. Passando de mera ferramenta declaratória da omissão inconstitucional a instrumento portador de decisão a expedir norma provisória para sanar a omissão inconstitucional, o Mando de Injunção pôde ser visto como meio legítimo de conferir efetividade à proteção constitucional.

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. **A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva** (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003.

[...]

3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, **o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.** 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).

[...]

6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle

sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

(grifo nosso)

CONCLUSÃO

Após quase 24 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, as questões atinentes às omissões inconstitucionais ainda necessitam de estudos aprofundados e melhores soluções para que realmente se tenha uma Constituição eficaz.

Os possíveis efeitos da decisão que reconhece a omissão inconstitucional trazidos pelo art. 103, §2º, CF/88 e pelo art. 12-H, Lei 12.063 são insuficientes para o alcance do objetivo em combater as omissões inconstitucionais, qual seja conferir eficácia plena a normas de eficácia limitada, possibilitando o exercício dos direitos nelas previstos.

Diante da limitação do legislador constituinte originário, surge necessidade de maior interferência do Poder Judiciário. Interferência esta que não usurpa funções ou viola os princípios da separação dos poderes ou mesmo da democracia, mas que é exercida dentro do papel do juiz de agir supletivamente, suprimindo lacunas normativas.

É certo que a mera atitude do Supremo Tribunal Federal em constatar a omissão inconstitucional e apenas comunicá-la ao poder competente para que tome as providências necessárias é insatisfatória e ineficiente para desestabilizar a inércia existente. Medidas de caráter sancionatório devem ser adotadas, levando à responsabilização do órgão respectivo.

Acredito ser solução adequada o estabelecimento de prazo para que não só os órgãos administrativos, mas também os legislativos ajam no sentido da concretização da norma constitucional. Na hipótese desse prazo transcorrer em branco, o STF poderia, em caso de urgência e relevante interesse público, proferir decisão de caráter normativo provisório, a fim de materializar o dispositivo constitucional.

Somente se a omissão não for suprida é que a Suprema Corte interviria de tal forma, zelando pela aspiração do constituinte. Essa decisão valeria até que o poder competente sanasse por completo a omissão inconstitucional.

A intervenção tem o fim de justamente equilibrar as funções estatais, sendo decorrência do próprio sistema de freios e contrapesos admitido em nosso ordenamento jurídico-constitucional.

A simples comunicação sem implicações sucederá omissão mais séria, caso o órgão responsável não responda ao comando judicial. Agindo dessa forma, se estaria suprimindo uma norma de eficácia limitada com uma decisão judicial de eficácia limitada, o que não faz o menor sentido.

A questão do direito de greve dos servidores públicos mostrou como é possível a intervenção sadia do Supremo Tribunal Federal a fim de sanar a omissão legislativa. Em 25 de outubro de 2007, a Suprema Corte apresentou mudança radical em sua jurisprudência ao, além de declarar a omissão constitucional e apenas comunicá-la ao Poder Legislativo, aplicar por analogia a lei que dispõe sobre o exercício de greve na iniciativa privada e, assim, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional.

O Tribunal, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória do tema pelo próprio Judiciário. O STF adotou, logo, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo importante modificação na técnica de decisão para combater a omissão inconstitucional.

Postura mais positiva do Judiciário expressa o significado do ativismo judicial em prol da realização constitucional. Ativismo que deve ser eventual e controlado, não utilizado indiscriminadamente e de forma a se iniciar uma reforma política; uma vez que, importante lembrar, esta não será realizada por juízes.

Portanto, o Judiciário está vinculado a um poder-dever de formular supletivamente a norma regulamentadora faltante. Ele apenas enuncia o texto normativo necessário, não cria norma legislativa, tudo pelo fim maior de se garantir a força normativa da Constituição.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO apud PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 234.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05.10.1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 27 jun. 2012.

BRASIL. *Lei 9.868, de 10.11.1999*. Estabelece o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm. Acesso em: 28 jun. 2012.

BRASIL. *Lei 12.063, de 27.10.2009*. Acrescenta à Lei 9.868, de 10.11.1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm. Acesso em: 27 jun. 2012.

BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos. Acesso em: 03 nov. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Consultor Jurídico*, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 25 set. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 236.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1044.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra omissões normativas. In: *As garantias do cidadão na justiça*. Organizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 351-367.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992. Apud PELICIOLI.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 40.

LEAL, Rogério Gesta. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 06.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Efeitos da decisão concessiva na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 20, n. 79, abr./jun. 2012, p. 255-278.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1285.

MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 12-13.

MORAIS, Carlos Blanco. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 20, n. 78, jan./mar. 2012, p. 152-227.

MOTA, Maurício Jorge Pereira. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 174.

PELICIOI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 169, p. 21-30, jan./mar. 2006.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 93-94.

QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*. 3. ed. Rio de Janeiro: 1999, p. 67.

STF. *Portal de informações gerenciais do STF*. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=ado. Acesso em: 18 set. 2012.

STF. *Portal de informações gerenciais do STF*. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse. Acesso em: 20 set. 2012.

STF. *Portal de informações gerenciais do STF*. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional. Acesso em: 22 out. 2012.

STF. ADI 1063/DF. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello, j. 18/05/1994. DJU 27/04/2001.

STF. ADI 1484/DF. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello, j. 21/08/2001. DJU 28/08/2001.

STF. ADI 1458/DF Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello, j. 23/05/1996. DJU 20/09/1996.

STF. ADI 3682/MT. Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes, j. 09/05/2007. DJU 06/09/2007.

STF. ADI 2240/BA. Tribunal Pleno. Relator Min. Eros Grau, j. 09/05/2007. DJU 03/08/2007.

STF. MI 20/DF. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello, j. 19/05/1994. DJU 22/11/1996.

STF. MI 721/DF. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio, j. 30/08/2007. DJU 30/11/2007.

STF. MI 712/PA. Tribunal Pleno. Relator Min. Eros Grau, j. 25/10/2007. DJU 31/10/2008.

STF. MI 670/ES. Tribunal Pleno. Relator Min. Maurício Córrea, j. 25/10/2007. DJU 31/10/2008.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo, 1993. Apud PIOVESAN, op. cit. p. 96.